



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Ibagué, treinta y uno (31) de mayo de dos mil diecisiete (2017).

Radicación: No. 2015 - 0413
Medio de Control: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante: ALBA ROSA FRANCO
Demandado: NACION – MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA

Encontrándonos en la oportunidad prevista en el numeral 2º del artículo 182 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹, se dispone a proferir sentencia de primera instancia, previo las siguientes:

ANTECEDENTES:

El pasado 28 de febrero, se llevó a cabo audiencia de pruebas y luego de agotadas las etapas, y como quiera que no habían pruebas que practicar se ordenó que las partes presentaran por escrito las alegatos de conclusión. Vencido el término anterior, se procede a dictar sentencia, para lo cual se tendrán en cuenta, los siguientes aspectos:

Como fundamento fáctico de las pretensiones, aduce que la demandante se vinculó como docente al servicio del Departamento del Tolima, por lo que a través de Resolución No. 368 del 09 de abril de 2006, se le reconoció pensión de jubilación sin que se le tuvieran en cuenta todos los factores salariales.

Que, a través de escrito radicado el 2 y 10 de febrero de 2015, le solicito a la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y al Departamento del Tolima el ajuste de la pensión de jubilación de la señora ALBA ROSA FRANCO, no obstante, manifiesta que la administración guardó silencio a lo peticionado.

Con base en los anteriores hechos pretenden:

Se declare la existencia y, por tanto la nulidad del acto ficto o presunto que se produjo como consecuencia del silencio administrativo negativo producto de la no respuesta a las peticiones radicadas ante las entidades demandadas, el 2 y 10 de febrero de 2015. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho solicita:

"2. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones y a título de Restablecimiento del Derecho, se condene la NACION – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL

¹ C.P.A. y de lo C.A.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

MAGISTERIO REGIONAL TOLIMA y DEPARTAMENTO DEL TOLIMA, a reajustar la pensión mensual de jubilación del (la) señor (a) ALBA ROSA FRANCO con inclusión de todos y cada uno de los factores salariales tales como la Prima de navidad, Prima de alimentos, Prima de Vacaciones, y todos aquellos que se lleguen a demostrar dentro de este proceso, con efectos retroactivos al 16 de septiembre de 2006, fecha en la cual adquirió es status de pensionado y hacia futuro."

"SEGUNDA: Ordenar el reconocimiento y pago de los ajustes de valor a que haya lugar con motivo de la disminución del poder adquisitivo del salario y demás emolumentos de conformidad con el artículo 192 del CPACA, tomando como base la variación del Índice de precios al consumidor (IPC). Para este efecto, se ordene que por tratarse de pagos de tracto sucesivo la actualización debe aplicarse separadamente, mes por mes, comenzando por la diferencia en la primera mesada pensional, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas."

"TERCERA: Ordenar el pago de intereses moratorios a partir de la fecha de la ejecutoria de la sentencia por el tiempo siguiente hasta que se cumpla su totalidad la condena (artículo 195 del CPACA) en concordancia con la adición efectuada pro al Ley 446/98 y la sentencia T – 418/96 de la Corte Constitucional."

"CUARTA: Se condene en costas"

Realizada la notificación correspondiente las entidades demandadas dentro del término contestaron la demanda, en los siguientes términos:

2. DE LAS CONTESTACIONES.-

2.1 Ministerio de Educación Nacional- Fondo Nacional De Prestaciones Sociales Del Magisterio²:

Manifiesta la apoderada que se opone a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, argumentando que el acto administrativo demandado se ajusta a derecho, y la pretensión fue reconocida de acuerdo con las leyes vigentes al momento de su causación, esto es, la Ley 33 de 1985, 91 de 1989, 812 de 20103, Decreto 3752 de 2003 y Decreto 1158 de 1998.

Señala que, de conformidad con la sentencia C – 634 de 2011 las decisiones de la Corte Constitucional deben aplicarse de manera preferente, por lo que alude que la sentencia de unificación 230 de 2015, adoptó una interpretación sobre la aplicación integral del régimen especial de los beneficiarios del régimen de transición e interpretó la regla indicando que frente

² Ver folios 48 a 57



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

al IBL no era objeto de dicha transición, razón por la cual debía aplicarse lo preceptuado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sostiene que, la Ley 91 de 1989 establece en el parágrafo del artículo 1º que una prestación se ha causado cuando se han cumplido los requisitos para su exigibilidad, de igual manera el artículo 3 del Decreto 3752 de 2003, indica que la base de liquidación de las prestaciones sociales que se causen con posterioridad a la Ley 812 de 2003, cuyo pago está a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no podrá ser diferente a la base de cotización sobre la cual realiza aportes el docente.

Trae a colación pronunciamientos del H. Consejo de Estado, e indica que en la sentencia del 4 de agosto de 2010, dictada por la sala plena, no avala ni mucho menos indica en qué casos debe dictarse sentencia ordenando la reliquidación de la pensión demandada, con base en factores salariales que tienen origen en disposiciones administrativas y no legislativas, por lo que manifiesta que acoge el planteamiento expuesto por el Dr. Gerardo Arenas Monsalve en el salvamento de voto, en cuanto a que los factores que constituyen el ingreso base de liquidación son taxativos, y cuya fijación corresponde al legislador por expreso mandato constitucional, sino también porque "si los factores que deben ser considerados para efectos pensionales son los señalados en la ley, sobre los cuales es imperativo el descuento por aportes como quedó establecido.

Del mismo modo señala que, el acto demandado no fue expedido por la entidad demandada, como quiera, que tanto el reconocimiento de la prestación como la negación de inclusión de la pensión de Jubilación, se realizó por parte del Secretario de Educación y no contiene la manifestación de la voluntad de la NACION- MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES MAGISTERIO.

Finalmente expresa que, los servidores públicos que son acreedores del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, le son aplicables las características contenidas en la Ley 33 y 62 de 1985, pero solo frente a la edad, tiempo de servicio o número de semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, pero aclara que con relación al ingreso base de liquidación se debe dar aplicación al inciso 3º del artículo 36 de la citada Ley, es decir, los últimos diez años laborados y frente a los factores que se realizaron aportes para pensión.

Propuso como excepciones las de Inexistencia del derecho a reclamar por parte del demandante, Buena fe, Prescripción y/o prescripción de diferencia de las mensualidades causadas con tres años de anterioridad a la fecha de la radicación de la demanda, Inexistencia de la Vulneración de principios legales, y Falta de Legitimidad por pasiva.

2.1 DEPARTAMENTO DEL TOLIMA³

³ Ver folio 65 a 72



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones argumentado que, el ente territorial no tiene la competencia para el reconocimiento de la pretensión pensional que se invoca en la demanda.

Asegura que, si bien hubo participación de la entidad territorial lo fue en virtud de la delegación que efectúa la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, circunscribiendo su actuación a asuntos administrativos.

Luego de transcribir apartes de sentencias proferidas por la Jurisdicción contenciosa administrativa, solicita que en caso de acceder a las pretensiones se dirijan las ordenes a que haya lugar contra la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en razón a que la administración departamental no está legitimada para responder económicamente, con ocasión de actos administrativos que fueron expedidos en representación de la Nación – Ministerio de Educación y sobre los cuales no goza de autonomía.

Propuso como excepciones las de: Improcedencia de la reliquidación de la pensión de jubilación con recursos del Departamento del Tolima, cobro de lo no debido frente al Departamento del Tolima y prescripción.

3.- De los alegatos de conclusión

De este derecho hizo uso solamente la parte demandada.

3.1. – Departamento del Tolima – 151 a 153

Reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, solicitando no se condene al Departamento del Tolima en atención a que actuó como delegado del Ministerio de Educación, por lo que conforme la competencia atribuida por la ley es la entidad responsable de revisar y reliquidar la pensión de jubilación de la demandante.

3.2.- Nación – Ministerio de Educación – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. (Fls.154 a 159)

Reitera los argumentos esbozados en el escrito de contestación, solicitando se denieguen las pretensiones de la demanda.

4. CONSIDERACIONES

Verificados los anteriores presupuestos, y como quiera que no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a decidir en los siguientes términos:



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Prende se declare la existencia y consecuente nulidad del acto ficto o presunto resultante de la falta de respuesta a la solicitud de reliquidación de la pensión de jubilación del actor con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el año anterior a la fecha en que adquirió el status pensional, y como consecuencia de ello a título de restablecimiento del derecho se ordene a la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACION – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, reliquidar la pensión reconocida a ALBA ROSA FRANCO, mediante Resolución No. 368 del 09 de abril de 2006, e incluya los factores salariales devengados, esto es, PRIMA DE NAVIDAD, PRIMA DE VACACIONES y PRIMA DE ALIMENTACION.

4.1 De las Pruebas aportadas:

Así las cosas, se encuentran acreditado en el expediente los siguientes hechos:

1. Que, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 0368 del 9 de abril de 2006, reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación a favor de la señora ALBA ROSA FRANCO, con fundamento, en la Ley 91 de 1989, 6 de 1945, 33 de 1985, 71 de 1988, Decreto 1848 de 1969; liquidada con base en el 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio en la fecha que adquirió el status, folios 10, 11
2. De la precitada Resolución, se advierte que la señora ALBA ROSA FRANCO nació el 16 de septiembre de 1951, y adquirió el status pensional el 16 de septiembre de 2006, fecha en la cual se encontraba afiliada al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se le reconoció la pensión a partir del 17 de septiembre de 2006.
3. Que para liquidar la mesada correspondiente sólo se tuvo en cuenta el sueldo devengado durante el último año de servicios anterior a la fecha de adquisición del status.
4. Igualmente, se encuentra acreditado que en el año anterior a la fecha en que se retiró del servicio, esto es, 1 de enero de 2008 – (Resolución No. 0003 del 3 de enero de 2008), la demandante devengó Salario, prima de vacaciones y prima de navidad. (fls. 35-36c2)
5. Expediente administrativo relacionado con los antecedentes objeto de la reclamación, (Fl. 1-35 c2)
6. Que, mediante escrito de fecha 02 y 10 de febrero de 2015, le solicitaron a la Nación – Ministerio de Educación Nacional y a la Secretaría de Educación Departamental la reliquidación de la pensión de jubilación de la demandante con la inclusión de todos los factores salariales. (fls. 2-9 c1)

Los anteriores medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y su autenticidad no ha sido controvertida.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

En lo que se refiere a la primera pretensión, consistente en la declarar la existencia del silencio administrativo negativo, tenemos:

La parte actora por intermedio de apoderado, en ejercicio del medio de control de Nulidad y Restablecimiento del Derecho consagrada en el artículo 138 del C.P.C.A., solicita se declare la nulidad del acto administrativo presunto originado en la falta de respuesta a las peticiones radicadas en el Ministerio de Educación Nacional y en la Secretaría de Educación Departamental – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, el 2 y 10 de febrero de 2015, bajo el radicado No. 2015 ER 013356 y 2015 PQR 4485, respectivamente.

En lo que tiene que ver con la ocurrencia del silencio administrativo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en el artículo 83 del CPACA, señala:

“Silencio negativo. Transcurridos tres (3) meses contados a partir de la presentación de una petición sin que se haya notificado decisión que la resuelva, se entenderá que esta es negativa.

En los casos en que la ley señale un plazo superior a los tres (3) meses para resolver la petición sin que ésta se hubiere decidido, el silencio administrativo se producirá al cabo de un (1) mes contado a partir de la fecha en que debió adoptarse la decisión.

La ocurrencia del silencio administrativo negativo no eximirá de responsabilidad a las autoridades. Tampoco las excusará del deber de decidir sobre la petición inicial, salvo que el interesado haya hecho uso de los recursos contra el acto “presunto”, o que habiendo acudido ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se haya notificado auto admisorio de la demandado. (Subrayado fuera del texto original)”

En este sentido, que para que podamos hablar de silencio administrativo negativo deben concurrir ciertos requisitos, como lo es, la existencia de una petición radicada ante la autoridad administrativa, y la omisión de respuesta dentro de los tres meses siguientes a su presentación; o en su defecto, ante la existencia de un acto proferido por la administración el no haber sido notificado dentro de dicho término, o haberse notificado con posterioridad a su vencimiento.

Vale decir, que el silencio administrativo negativo se considera como sanción para la administración negligente, y por tanto le confiere la posibilidad al administrado para una vez vencido el término de tres meses sin que se le haya dado respuesta a su petición acuda a la administración de justicia, y demande esa decisión que mantiene la situación jurídica particular preexistente incólume.

Sobre el particular el Consejo de Estado ha manifestado:

“Ahora bien, la ley otorga ciertos efectos al silencio por parte de la Administración en relación con la resolución de las peticiones que se le hubieren elevado, situación que se conoce y se ha denominado como el silencio administrativo. En este sentido, el silencio administrativo puede definirse como “una presunción o ficción legal por virtud de la cual, transcurrido cierto plazo sin resolver la administración, y producidas además determinadas circunstancias, se entenderá denegada u otorgada la petición o el recurso formulado por los particulares u otras administraciones”. Así pues, según la anterior definición y tal cual como está consagrado en la legislación, el silencio administrativo puede ser negativo, el cual, ante la ausencia de pronunciamiento por parte de la Administración, se debe entender que la decisión ha sido negativa.

⁴ C.E., sala de lo Contencioso Administrativo, sección tercera, sentencia del 12 de mayo de 2010, 25000-23-26-000-2009-00077-01(37446), consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Se ha entendido que el silencio administrativo negativo puede ser sustancial o inicial, si la ausencia de pronunciamiento se produce en relación con las peticiones o solicitudes presentadas en ejercicio del derecho de petición, es decir respecto de las cuales se inicia una actuación administrativa. Por su parte cuando el silencio de la Administración se refiere a los recursos que se interponen en debida forma en vía gubernativa, sea frente a actos administrativos expesos o presuntos, se denomina silencio administrativo procesal o adjetivo. (Subrayas del despacho)

Así las cosas, se encuentra acreditado que el actor radicó petición de reliquidación de pensión ante el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ante la Nación - Ministerio de Educación Nacional, el 2 y 10 de febrero de 2015⁵, sin que se advierta que la entidad demandada dio respuesta a la petición elevada por el demandante, por lo que es claro que se configuró el silencio administrativo respecto a las peticiones elevadas por la parte actora, por lo que así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

Ahora bien, frente a la segunda petición se encuentra probado que la señora ALBA ROSA FRANCO, se desempeñaba como docente de vinculación nacionalizada de la E.U.M. Marsella de Municipio de Líbano – Tolima.

Que según certificación expedida por el líder de talento humano de la Secretaría de Educación y Cultura de la Gobernación del Tolima, entre el 15 de septiembre de 2005 y el 16 de septiembre de 2006, la señora ALBA ROSA FRANCO devengó además de asignación básica, prima de navidad, y prima de vacaciones, (Fl.36 c.21.)

Que mediante Resolución N° 0368 de 9 de abril de 2007, proferida por el Secretario de Educación Departamental se reconoció y ordenó el pago de una pensión vitalicia de jubilación por valor de Un millón ochenta y seis mil setecientos siete pesos (\$1.086.707), a partir del 17 de septiembre de 2006, equivalente al 75% del salario promedio mensual devengado durante el último año de servicio anterior a la fecha que adquirió el status. – 10,11 c1 – 31-32 c2

Que el retiro definitivo del servicio se produjo el 1 de enero de 2008.

Previo a adentrarnos en el fondo del asunto y en lo que tiene que ver con las excepciones propuestas se resolverán conjuntamente con el fondo del asunto.

Fundamentos Legales: Ley 91 de 1989, Ley 33 de 1985, Ley 62 de 1985, Decreto 1045 de 1978, Ley 962 de 2005, Ley 71 de 1988 y Jurisprudencia del Consejo de Estado

Las normas que han regido la situación prestacional de los docentes en síntesis son:

Prevé el artículo 1° de la ley 33 de 1985,

Artículo 1°.- El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

⁵ Folios 7 – 9 cl



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60). Salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno.

Parágrafo 1º. *Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4), el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.*

Parágrafo 2º. *Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.*

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro.

Parágrafo 3º. *En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.*

Así mismo, la Ley 62 de 1985, en relación con relación al mismo tema, indicó:

"Artículo 1º *Todos los empleados oficiales de una entidad afiliada a cualquier Caja de Previsión, deben pagar los aportes que prevean las normas de dicha Caja, ya sea que su remuneración se impute presupuestalmente como funcionamiento o como inversión. Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación para los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados, y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio. En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes.*

Por su parte, la Ley 91 de 1989, consagró:

Artículo 1º.- *Para los efectos de la presente Ley, los siguientes términos tendrán el alcance indicado a continuación de cada uno de ellos:*

1. *Personal nacional. Son los docentes vinculados por nombramiento del Gobierno Nacional.*
2. *Personal nacionalizado. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial antes del 1 de enero de 1976 y los vinculados a partir de esta fecha, de conformidad con lo dispuesto por la Ley 43 de 1975.*
3. *Personal territorial. Son los docentes vinculados por nombramiento de entidad territorial, a partir del 1 de enero de 1976, sin el cumplimiento del requisito establecido en el artículo 10 de la Ley 43 de 1975.*

En lo que tiene que ver con el régimen prestacional de esta clase de personal, el artículo 15 idem indicó que quienes figuraren vinculados hasta el 31 de diciembre de 1989, para efectos de prestaciones económicas, mantienen el régimen prestacional de que venían gozando en cada entidad territorial de conformidad con las normas vigentes.

Con base en lo anterior, y luego de realizar interpretación armónica de las anteriores disposiciones, es viable concluir que las pensiones reconocidas bajo la vigencia de la Ley



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

33 de 1985, se liquidarían con fundamento en el salario promedio que haya servido de base para realizar los aportes, que no son otros que los expresamente previstos en la Ley 62 de 1985.

Pese a lo anterior, el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 4 de agosto de 2010, C.P. Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, Demandante Luis Mario Velandia, Demandado Caja Nacional de Previsión Social, indicó:

"Sin embargo, respecto de los factores salariales que deben constituir el ingreso base de liquidación pensional, ésta Corporación, en sus Subsecciones A y B de la Sección Segunda, ha presentado criterios oscilantes respecto del alcance del citado artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues mientras en algunas ocasiones se consideró que al momento de liquidar la pensión debían incluirse todos los factores salariales devengados por el trabajador, en otras se expresó que sólo podrían incluirse aquellos sobre los cuales se hubieran realizado los aportes, y finalmente se expuso que únicamente podían tenerse en cuenta los taxativamente enlistados en la norma.

Así, en la primera hipótesis se previó que la entidad pública que reconociera el derecho prestacional tendría que efectuar las deducciones de ley a que hubiere lugar por los conceptos cuya inclusión se ordenaba y que no hubieran sido objeto de aportes, pese a que no se encontraran dentro del listado previsto por el artículo 3º de la Ley 33 de 1985, pues tal determinación se ajustaba a lo dispuesto por el inciso tercero de dicha norma, según el cual: "En todo caso las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes". Esta tesis fue expuesta en la sentencia de 29 de Mayo de 2003⁶, concluyendo que "en la liquidación de la pensión de jubilación deberán incluirse todas aquellas sumas que habitual y periódicamente reciba el funcionario o empleado como retribución de sus servicios, a menos que se trate de un factor expresamente excluido por la ley (...) en el evento de no haberse pagado la totalidad de los aportes de ley, la Caja deberá realizar las compensaciones a que haya lugar al momento de pagar las mesadas correspondientes".

Bajo la segunda hipótesis se consideró que debían incluirse todos los factores que hubieran sido objeto de aportes y así se encontrare certificado. Entonces, en la sentencia de 16 de Febrero de 2006⁷, se expresó:

"La Ley 33 de 1985 en el artículo 1º dispone que la pensión se liquida con el 75% del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio (...).

En consecuencia, la Sala confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto declaró la nulidad del acto acusado, precisando que a título de restablecimiento del Derecho, la entidad demandada, deberá reliquidar la pensión de jubilación, en el equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes, durante el último año de servicio, tomando para el efecto, lo certificado, según documento visible a folios 11 y 12 del cuaderno principal del expediente."

En la tercera hipótesis se indicó que las pensiones únicamente podían liquidarse teniendo en cuenta los factores salariales enlistados taxativamente por la Ley 33 de 1985 y en caso de haberse realizado deducciones sobre otros conceptos no comprendidos en ella debían devolverse las sumas a que hubiere lugar.

De acuerdo con el anterior marco imperativo y en aras de garantizar los principios de igualdad material, primacía de la realidad sobre las formalidades y favorabilidad en materia laboral, la Sala, previos debates surtidos con apoyo en antecedentes históricos, normativos y jurisprudenciales, a través de la presente sentencia de unificación arriba a la conclusión que la ley 33 de 1985, no indica en forma taxativa los factores salariales que conformen la base de liquidación pensional, sino que los mismos están simplemente enunciados y no impiden la inclusión de otros conceptos devengados por el trabajador durante el último año de prestación de servicios."

A región seguido, señaló:

"Así, si bien es cierto que, la norma aplicable al presente caso es la Ley 33 modificada por la Ley 62 de 1985 y no el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, también lo es que, ambas disposiciones

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, Consejero Ponente: Dr. Alberto Arango mantilla, sentencia de 29 de Mayo de 2003, Radicación No. 25000-23-25-000-2000-2990-01, Actor Jaime Flórez Aníbal.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección B, Consejero Ponente: Dr. Alejandro Ordoñez Maldonado, sentencia del 16 de febrero de 2006, Radicación No. 25000-23-25-000-2001-01579-01, Actor Arnulfo Gómez.



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

tienen como finalidad establecer la forma como debe liquidarse la pensión de jubilación, por lo cual, teniendo en cuenta los principios, derechos y deberes consagrados por la Constitución Política en materia laboral, es válido otorgar ambos preceptos normativos alcances similares en lo que respecta al ingreso de liquidación pensional.⁸

En este sentido es viable indicar que en el citado pronunciamiento, se hizo énfasis, en que al realizar un interpretación taxativa de las la Leyes 33 y 62 de 1985, vulnera los principios de progresividad, igualdad, y primacía de la realidad sobre las formas. En consecuencia, el listado traído por estas disposiciones debe ser entendido como enunciativo y no taxativo, por lo que es posible incluir otros factores salariales percibidos por el trabajador durante el año anterior a la adquisición del status pensional.

Bajo las anteriores consideraciones, y acatando el precedente jurisprudencial es preciso indicar que las pensiones de jubilación reconocidas en virtud de las leyes 33 y 62 de 1985, deben ser liquidadas con la totalidad de los factores enlistados en el artículo 45 del decreto 1045 de 1978⁸, siempre y cuando se encuentren certificados por el empleador, sin que sea necesario que coincidan con lo que están enunciados en las Leyes 33 y 62 de 1985.

Aclarado lo anterior, es necesario descender al caso en concreto, donde encontramos que la señora ALBA ROSA FRANCO se vinculó como docente desde el 08 de mayo de 1973, es docente

⁸ **Artículo 45°.-** De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;
- c) Los dominicales y feriados;
- d) Las horas extras;
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;
- f) La prima de navidad;
- g) La bonificación por servicios prestados;
- h) La prima de servicios;
- i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;
- j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;
- k) La prima de vacaciones;
- l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;
- ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968. **Modificado posteriormente.**



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

nacionalizada y adquirió su status de pensionada, el 16 de septiembre de 2006, por lo que a través de resolución No.00368 del 9 de abril de 2006, se reconoció y ordenó a su favor el pago de la pensión vitalicia de jubilación con efectos a partir del 17 de septiembre de 2006; de ahí que conforme lo señalado en la Ley 91 de 1989, le sean aplicable las disposiciones contenidas en la Ley 33 de 1985, modificada por la Ley 62 de ese mismo año.

Igualmente, de los documentos que conforman el expediente administrativo se encuentra acreditado que la demandante se retiró del servicio el 1 de enero de 2008.

Ahora bien, como anteriormente se dijo la señora ALBA ROSA FRANCO se retiró definitivamente del servicio a partir del 1 de enero de 2008, acreditando que durante el último año previo a su status, es decir, entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de diciembre de 2008, percibió los siguientes emolumentos: **suelo, prima de vacaciones y prima de navidad.**

De acuerdo con lo anterior, y como quiera que el demandante se vinculó como docente antes de la expedición de la Ley 812 de 2003, y su pensión le fue liquidada sobre la base del 75% del promedio mensual de lo devengado durante el último año de servicio anterior a la fecha de status, sin que al momento de su retiro se le tuvieran en cuenta todos los factores salariales, es claro, que le son aplicables las Leyes 33 y 62 de 1985 en su integridad, por lo que al no hallarse inmerso en ninguna de las causales de excepción consagradas en la Ley 33 de 1985, su mesada en principio debía ser liquidada únicamente con los factores salariales allí enlistados.

Sin embargo y como anteriormente se mencionó, el precedente jurisprudencial del H. Consejo de Estado, aplicable por virtud principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución Política, permite deducir que la demandante tiene derecho a que su mesada pensional sea liquidada con inclusión de todos los factores salariales de que trata el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978.

Establecido lo anterior, y como quiera que al demandante no se le tuvo en cuenta la doceava parte de la **prima de navidad, y prima de vacaciones**, factores salariales que fueron certificados por el empleador como devengado dentro del año anterior al momento en que adquirió su status de pensionada, la reliquidación de la pensión deberá hacerse tomando como referencia los factores salariales de ley devengados.

Debe advertirse a la entidad demandada que deberá efectuar los descuentos respectivos, en los porcentajes establecidos en la ley, sobre los factores que se ordena tener en cuenta para efectos del reajuste y sobre los cuales el demandante no efectuó aporte alguno, dichos montos deberán ser indexados con la misma fórmula que más adelante se expone.

De otra parte, y en lo que tiene que ver con la excepción de prescripción, es preciso señalar que por disposición del artículo 41 del decreto 3135 de 1968, las acciones que emanen de derechos laborales prescriben al término de tres (3) años contados a partir de que la obligación se haya



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

hecho exigible, término que se interrumpe con el simple reclamo escrito de sus derechos que haga el actor.

En el presente caso, se encuentra acreditado que el actor elevó ante la administración solicitud de reliquidación de su mesada pensional con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados en el último año anterior a la fecha en que adquirió es status, el 02 de febrero de 2015, luego las mesadas anteriores al 02 de febrero 2012 se encuentran prescritas.

Decantado lo anterior, y recapitulando lo dicho anteriormente deberá decirse que a título de restablecimiento del derecho se deberá efectuar la reliquidación de la pensión de vejez con inclusión de la **prima de navidad, y prima de vacaciones**, devengados durante el último año de servicios anterior a la fecha en que adquirió el status de pensionada, no se contabiliza el sueldo básico, porque fue incluido al momento del reconocimiento de la pensión por parte de la entidad demandada, tal incremento será tenido en cuenta para efectuar el reajuste, de las mesadas pensionales de los años posteriores y determinar el valor correspondiente a las mesadas no prescritas de conformidad con lo expuesto en la parte precedente, y la diferencia resultante no pagada, será objeto de la indexación con aplicación de la siguiente fórmula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice final}}{\text{Índice inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es la correspondiente partida de saldo de reajuste pensional, por el guarismo que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor, certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse el pago). Es claro que por tratarse de pagos de tracto sucesivo mensual la fórmula se aplicará separadamente mes a mes teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento en que debió hacerse el pago respectivo.

Respecto a los intereses estos serán reconocidos en la forma prevista en el inciso tercero del artículo 192 del CPA y de lo C.A.

Tenemos que declarar que tanto el Departamento del Tolima como la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son responsables administrativamente, pero será el patrimonio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el que será afectado presupuestalmente para el pago de la condena.

5. CONDENA EN COSTAS

De conformidad con el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo se condenará en costas a la Nación – Ministerio de Educación



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a favor de la parte actora, para tal efecto fíjese como agencias en derecho la suma de Un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, atendiendo las pautas previstas por la Sala Administrativa del Honorable Consejo Superior de la Judicatura en el acuerdo 1887 de 2003 numeral 3.1.2. Por secretaría liquídense.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL – FNPSM, respecto a las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 2 de febrero de 2012.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del silencio administrativo negativo respecto a la falta de respuesta de la petición presentada el 2 y 10 de febrero de 2015 radicada bajo los números 2015ER013356 y 2015 PQR4485 donde se solicitó la reliquidación de pensión de jubilación de la señora ALBA ROSA FRANCO con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa.

TERCERO: DECLARAR la nulidad del acto ficto o presunto respecto de la petición presentada el 2 y 10 de febrero de 2015 radicada bajo los números 2015ER013356 y 2015 PQR4485 donde se solicitó la reliquidación de pensión de jubilación de la señora ALBA ROSA FRANCO con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios, de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa.

CUARTO: A título de restablecimiento del derecho, se ordena al Departamento del Tolima y a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a reajustar y pagar a la señora ALBA ROSA FRANCO identificada con la C.C. 28.983.657 la pensión de vejez, con la inclusión de la totalidad de los factores salariales devengados durante el último año de servicios anterior a la fecha en que se retiró del servicio, esto es, entre el 1 de enero de 2007 y el 30 de diciembre de 2007: a más del sueldo básico, la doceava parte de la prima de navidad, y prima de vacaciones de acuerdo a las razones expuestas en la parte considerativa. Prevengase que será el patrimonio de la Nación – Ministerio de Educación Nacional – Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio el que será afectado presupuestalmente para el pago de la condena.

QUINTO: Para el pago de las sumas que se lleguen a adeudar por concepto de esta sentencia, se aplicará la fórmula ya expuesta. Para tal efecto, y como quiera que estamos frente a pagos de tracto sucesivo, la actualización debe realizarse separadamente, mes por mes, comenzando



JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO ORAL DE IBAGUE

por la diferencia desde la primera mesada, teniendo en cuenta que el índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada una de ellas.

SEXTO: Las sumas reconocidas devengarán intereses en los términos previstos en el inciso tercero del artículo 192 del C.P.A y de lo C.A.

SEPTIMO: Las entidades demandadas deberán efectuar los descuentos respectivos en los porcentajes establecidos en la ley, sobre los factores que se ordena tener en cuenta para efectos del reajuste y sobre los cuales la demandante no efectuó aporte alguno. Dichos montos deberá ser indexados con la fórmula expuesta anteriormente.

OCTAVO: Condenar en costas al ordena a la Nación – Ministerio de Educación Nacional –Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a favor de la parte actora, para tal efecto fijese como agencias en derecho la suma de Un salario mínimo legal mensual vigente. Por secretaría liquidense costas.

NOVENO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

DECIMO: En firme esta providencia archívese el expediente previas las anotaciones a que hubiere lugar y la devolución de remanentes de gastos procesales si los hubiere al actor, su apoderado o a quien esté debidamente autorizado.


CESAR AUGUSTO DELGADO RAMOS
Juez